



Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

# ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

*Rafael Illescas Ortiz*



Etcheverry, Raúl Aníbal. La empresa, pluralidad de componentes y defensa de las minorías. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 413-435. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21013>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# LA EMPRESA, PLURALIDAD DE COMPONENTES Y DEFENSA DE LAS MINORÍAS

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY \*

## Resumen

Este trabajo, que se hace en homenaje del gran profesor español Rafael Illescas Ortiz, tiene una primera parte, en la cual se pretende poner en claro el concepto de empresa, su relevancia frente a lo jurídico y sus principales enfoques. Empresa y mercado, son relaciones de la realidad, imposibles de separar del derecho mercantil y del derecho en general y sus ramas, pero no revelan un concepto estrictamente jurídico. La empresa tiene muchos aspectos jurídicos, en cambio, que se proyectan en normas concretas. La empresa como organización y actividad, muestra el fuerte contenido sociológico y económico que posee. También se reflexiona en este trabajo, sobre ganancias o lucro y el modo en el emprendedor proyecta su negocio y pasará a ser luego, empresario. Se hace referencia a la empresa con algún matiz social. La empresa es el generador de la actividad comercial nacional e internacional, tema que hemos tratado en otros trabajos. La empresa puede organizarse como persona jurídica, el cual sí es un concepto preciso del derecho, de gran importancia. Si dicha organización se hace sobre las bases de las sociedades comerciales, aparece la tensión de la mayoría y la minoría, cuando no hay coincidencia de opiniones. La segunda parte del trabajo, se refiere a la protección de las minorías en las sociedades y los diversos mecanismos legales que se han creado para lograr equilibrar la fuerza jurídica y económica que tienen los grupos mayoritarios o de control, en las sociedades en general y en las que cotizan públicamente sus acciones.

## Contenido

1. Primeras palabras. – 2. La empresa. – 3. La empresa como organización. – 4. El mercado. El empresario. La empresa en el derecho civil y comercial. – 5. La empresa y la sociedad comercial. El principio de mayoría. – 6. Las minorías en la empresa. La protección de las minorías en la legislación argentina. – 7. El sistema de responsabilidad

---

\* Profesor Emérito con dedicación semiexclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad Castilla La Mancha, España. Miembro fundador de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA). Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Arbitro internacional del CIADI y CCI y de los Centros Internacionales de Arbitraje y Mediación CIAM y CEMA. Es autor de más de veinte libros y de más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país o del extranjero. Investigador categoría 1 de la Universidad de Buenos Aires.

civil en la República Argentina. – 8. El armado jurídico de la sociedad. – 9. Sociedades que hacen oferta pública. – 10. Conclusiones.

## 1. PRIMERAS PALABRAS

Una primera palabra es para resaltar que este trabajo es un homenaje personal al profesor y amigo, el estimado e ilustre Catedrático Don Rafael Illescas Ortiz.

Un grupo de profesores ha decidido hacerle un justo reconocimiento y nosotros no podemos estar ausentes.

Respecto de los temas, el primero de ellos, es uno de los tantos que hemos tratado en toda la vida en muchas ocasiones, con Rafael: se trata del multifacético y misterioso tema de la empresa y la correlación entre empresa y derecho, tantas veces transitado y tan comentado en nuestro campo común, el Derecho Mercantil.

Uno de mis maestros y gran jurista, que lamentablemente falleciera en enero de 2014 en Buenos Aires, reiteraba la historicidad del Derecho Mercantil<sup>1</sup> rasgo que todos los discípulos de Fargosi, Zavala Rodríguez y Halperín (nuestros maestros) seguimos en Argentina, a partir de sus enseñanzas.

Pero no es que con la historia del Derecho Comercial expliquemos su naturaleza y esencia y mucho menos su contenido, concepto y caracteres; marcamos bien ese origen y su desarrollo autónomo junto y paralelo al del Derecho Civil, para explicar como se genera nuestra disciplina.

Hoy, en los países del mundo, existen ambas ramas, pero en América, que habla español y portugués, existen Códigos Civiles y Códigos de Comercio separados y hay países que tienen Códigos Unificados.

Tienen códigos unificados, Brasil, Perú y Paraguay y dobles códigos, Civil y Comercial separados, Colombia, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Uruguay y Argentina. Como novedad, es anotable que Brasil, luego de redactar y aprobar su Código Civil unificado, está tratando en sus Cámaras Legislativas, un proyecto de Código de Comercio. Sepamos también que parece un poco detenido, tal como ocurre con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Argentina, aunque recientes noticias señalan que será ley argentina antes de fin de año.

En nuestro país, existe este Proyecto nuevo, después de varios anteriores, de Código Civil y Comercial de derecho privado unificado, que no se termina de acordar para convertirlo en ley, pero no por lo que hace al derecho económico, de negocios y patrimonial que se desarrolla sin inconvenientes en el Proyecto, sino debido principalmente a choques teóricos en materia de familia y responsabilidad del Estado.

---

<sup>1</sup> ETCHEVERRY, R. A. y CHOMER, H. O. - Dirección y Coordinación respectivamente: “Código de Comercio”, FARGOSI, H. P.: “Derecho comercial del siglo XXI”, *Código de Comercio*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 109 y s.

## 2. LA EMPRESA

Es claro que la empresa no puede identificarse con la totalidad del Derecho Mercantil, como tampoco el derecho de las relaciones económicas.

Tampoco el derecho del mercado constituye nuestra materia<sup>2</sup>.

Esto parece lógico, pero la importancia de la empresa en nuestra materia ha determinado que muchos juristas hayan pensado en que esa noción, ese concepto, era abarcativo de toda la materia.

Ello no ha sido así, claramente.

La empresa es una noción no jurídica, que pertenece al ámbito de la realidad social y económica; no es posible que sea encuadrada en un solo concepto legal; ni opera en una sola rama del derecho; hay una empresa visible en el Derecho Comercial, otra perceptible para desarrollos colectivos civiles, otra para el Derecho del Trabajo, otra para el Derecho Fiscal, una más para el Derecho Administrativo y así podemos seguir.

No hay dudas que hay un derecho constitucional a formar una empresa, es decir, a crear un instrumento, una organización, para trabajar.<sup>3</sup> Esta idea obra junto al derecho de asociarse, que en nuestra opinión es un derecho de origen constitucional en Argentina, pero que en España y Brasil resulta mucho más explícito y directo.

En Argentina, el derecho asegurado por el artículo 14 de la Constitución Nacional, es el de trabajar y el de ejercer toda industria lícita.

El derecho intentó captar la figura de la empresa. No ha podido lograr incorporar a las normas y sistemas jurídicos una noción tan versátil y proteica en forma unitaria precisa y apta para todas las ramas del derecho, pese a los esfuerzos de grandes doctrinarios como Zavala Rodríguez, en Argentina y Torres y Torres Lara en Perú; y buenos Códigos, como los de Honduras, Perú, Colombia y otros.

Para nosotros siempre ha sido claro, que la empresa es una noción que se verifica en el campo socio económico, social y humano. Pero no es transportable al mundo de los conceptos y sistemas jurídicos, por su polivalencia y su multifacética expresión en el campo del quehacer humano<sup>4</sup>.

No obstante, se alude a la empresa y se la enlaza a resultados jurídicos, partiéndose de distintos focos. Y se habla de “empresa pyme” (pequeña y mediana empresa), de “responsabilidad social empresarial”, de “empresas B” y otras expresiones que hacen ver como la realidad se inserta en el derecho.

Tampoco la empresa es una actividad, tal como lo entiende una parte de la doctrina italiana y de otros países; ha dicho bien Garrigues, que sostener que la empresa es actividad, implica volver al punto de partida y desconocer lo que se quiere definir, porque es precisamente la actividad del empresario y de sus colaboradores lo que crea a

---

<sup>2</sup> EMBID IRUJO, J. M., “Mercado y empresa ante el derecho mercantil- apuntes provisionales en el marco de la crisis económica-”, en *Foro de derecho mercantil*, enero – marzo 2013, Legis, Bogotá, 2013, pp. 50

<sup>3</sup> Ver el interesante trabajo al respecto, que desarrolla CAO, Christian Alberto, en “La libertad de empresa y la no discriminación”, *Revista La Ley*, 30 de junio de 2014.

<sup>4</sup> ETCHEVERRY, R. A., en “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 504; ETCHEVERRY, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 866 y s.



la empresa como cosa distinta de esa actividad; por otro lado, la actividad es generada por la empresa pero no es la empresa misma.

La empresa es para Garrigues, la organización de la actividad y demás, un conjunto de elementos de naturaleza variada, todos disciplinados por el empresario; la actividad del empresario no puede separarse de su persona<sup>5</sup> a la cual también ha de referirse su responsabilidad jurídica frente a sus actos, actividad, hacer y no hacer.

Si la empresa, es citada más de una vez en el artículo 8 del Código de Comercio argentino vigente, podemos advertir que se trata de una noción que habría que aplicar en ocasiones a la industria, otras al derecho tributario, otras para derecho laboral y alguna más para el sistema civil y algunas operaciones mercantiles.

Pero hay mucho más: los Códigos de los países de América Latina y algunas leyes o decretos, tratan de distintas maneras a la empresa<sup>6</sup> y en general, se alude a distintas realidades de la empresa en sus diversas aplicaciones fácticas y jurídicas (vg. empresa familiar, empresa cooperativa, responsabilidad social empresaria, empresa social, empresas B).

### 3. LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN

El primitivo concepto de empresa, como en nuestro Código de Comercio, fue una clase de “acto de comercio”<sup>7</sup> originado en ideas del primer Código de Comercio francés (empresas de fábrica, de comisiones, de transportes, hasta extenderse a actividades de servicios tales como la banca, empresas de seguros y agrícolas) y sus antecedentes en el derecho anterior, codificado o proveniente de las costumbres.

Dice Galgano que ese concepto se refería en esa generación de normas y Códigos, al comercio exclusivamente, excluyéndose a la industria; y por supuesto, agregamos, a algo que vino más tarde: los servicios.

Vinculado a todo ello, aparece la definición de comerciante para encuadrar a los sujetos que se dedican a cierta actividad; luego vendría el tránsito del capitalismo comercial al capitalismo industrial, es decir, al verdadero derecho de la producción, más tarde, de la producción en masa. Allí aparece la noción de empresario y la intervención normativa del Estado como regulador del mercado, la recta aplicación del derecho de la competencia y todo un régimen completo de defensa del consumidor<sup>8</sup>, que finalmente ha terminado por alterar y producir un cambio en todo el sistema jurídico vinculado al mercado.

En el Código Civil italiano (unificándose Derecho Civil y Comercial) que se aprueba en 1942, la empresa se desarrolla con instituciones que traslucen un derecho de la producción.

---

<sup>5</sup> Hemos citado al maestro GARRIGUES, en el “Código de Comercio”, t. I, pp. 874.

<sup>6</sup> ETCHEVERRY, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 896 y s.

<sup>7</sup> GALGANO, F., “La teorie dell’ impresa”, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, Cedam, Padova, 1978, pp. 1 y s.

<sup>8</sup> CHULIÁ, F. V., “Compendio crítico del derecho mercantil”, t. 2, edición del autor, Valencia 1982, pp.179.

El concepto de empresa sufre entonces una evolución; las nuevas ideas socialistas y nacional-socialistas, aunque parten desde y hacia objetivos distintos, vinculan a la empresa con la actividad económica y pretenden ser “el nuevo derecho de la economía”. También ciertos autores que son partidarios de la economía liberal o de la economía de mercado, aluden a la empresa.

Hoy se busca que la empresa pierda en parte su vinculación con el concepto del inversor capitalista que busca la utilidad permanente de los bienes de la empresa e intermediar en el mercado de consumo y acrecentar su propio patrimonio; se desea “humanizar” a la empresa y que ella y el empresario que la ha creado, pasen a tener un perfil social y se proyecten hacia la comunidad que integran, disminuyendo – pero no suprimiendo- su actividad meramente lucrativa.

Nos parece útil registrar las impresiones de Ghersi y Weingarten sobre la organización de la empresa, que resumimos.

Esa “organización” tiene una diversidad de aspectos, tales como el económico, jurídico, social, psicológico y otros.

En el sistema económico, esta organización comienza por la idea que genera el emprendedor y luego se produce la obtención de un capital (dinero; marca; otros bienes) que representan la parte estática de la empresa; ésta se construye a partir de compra o alquiler de inmuebles; contratación de trabajadores empleados, expertos y profesionales; se busca la provisión de insumos; a esto, el derecho le brinda “formas” jurídicas (vg. sociedad,) e instrumentos para su dinamización y operación en el mercado: los actos jurídicos y los contratos.

A partir de esta simple idea, una empresa, sintéticamente, es la conformación dinámica de un capital (trabajo-insumo-tecnología) destinados a la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios (fases de la economía empresarial).

En cuanto a la “finalidad de la empresa” (sin perjuicio en sí mismo de la producción y comercialización de bienes y servicios) sin duda en cualquier sistema económico (privado, estatal o mixto) es imprescindible la generación de excedentes (diferencia entre costo total y precio de mercado) sin perjuicio de que cada sistema diferencie luego la forma de la “distribución y/o redistribución de esos excedentes” (sistemas capitalistas privados y sistemas de capitalismo de Estado).

En la Argentina, rige el sistema de economía capitalista de acumulación privada lo cual implica que las empresas privadas pueden apropiarse de parte del excedente (tasa de ganancia o beneficio) y ello sin perjuicio de la apropiación que hace el Estado (impuestos y otros gravámenes).

Sin duda, la empresa privada, conforme a su misma existencia, tiene como objetivo la maximización constantemente de la tasa de beneficio. Los fundamentos que se dan para sostener esta realidad son innumerables y abarcan desde el riesgo del capital en sí mismo, hasta los procesos nacionales y globales de depreciación y desvalorización de la o las monedas, la organización económica mundial y regional.

La “posibilidad de maximización de la ganancia” es real y tangible ante cualquier investigación, lo cual constituye intuitiva y científicamente una “situación autogenerante de riesgos para la empresa y simultáneamente creación de riesgo al

trabajador/consumidor”, sin perjuicio, de que por otros medios, también se asuman y generen riesgos, así para la producción: baja calidad de insumos, mano de obra no calificada o en situación ilegal y para el consumo: por ejemplo, incorporación de cláusulas o prácticas abusivas.

Aceptamos la posición de estos autores, que concluyen en que las empresas en su “conjunción” con el sistema de economía capitalista de acumulación privada, por su accionar asumen un riesgo en el mercado y se constituyen en sí mismas en un “riesgo” para los trabajadores/consumidores”<sup>9</sup>.

Para nosotros, la empresa es la organización de un esquema, un dispositivo, un sistema operativo de un negocio ideado primero y que luego debe tener un desarrollo en el tiempo. La empresa no solo se maneja con su creador o creadores si son más de uno, sino con equipos de dirección y trabajo, que, siguiendo la actividad creada y generada por el empresario, colaboran con él, cada uno con su expertise.<sup>10</sup>

Toda empresa actúa en el mercado; es decir, el espacio donde se producen e intercambian bienes y servicios. La empresa siempre implica organización y para proyectarla a sus múltiples manifestaciones, se ha intentado incluir en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), aún en estudio como hemos dicho, el concepto de “contrato asociativo” que también resulta insuficiente para abarcar el fenómeno de la organización jurídica integral operativa.<sup>11</sup>

Por medio de la organización, se establece un dispositivo que “actúa” en el mercado, es decir, es sujeto con relevancia y poder jurídico pasible de producir efectos, activos y pasivos, generar actos y ser parte de contratos y toda clase de operaciones.

Las empresas de objetos similares compiten en el mercado, lo cual es muy positivo si esa competencia es leal, porque se generan más, mejores y más baratos bienes y servicios. Es la organización política, social y económica que es llamada economía de mercado.

Esa competencia<sup>12</sup> beneficia mucho a los usuarios y consumidores porque podrán contar con bienes y servicios de calidad creciente y a menor precio.

Las empresas pueden ser individuales, es decir, las que opera una persona física individual, la cual es la única propietaria de todos los bienes y única responsable por todo el riesgo en los negocios.

Pero hay empresas con más de un dueño personal, es decir, varios dueños: pluralidad de componentes con similar poder jurídico.

Cuando hay pluralidad de propietarios, la organización de la empresa es muy parecida a la unipersonal, pero necesariamente debe adquirir una nueva estructura legal:

---

<sup>9</sup> GHERSI, C. A. y WEINGARTEN, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 53, lugar en que ellos desarrollan estos conceptos.

<sup>10</sup> JUSTE MENCÍA, J., “Factor de comercio, gerente de empresa, director general”, Real Colegio de España, Bolonia 2002, *passim*.

<sup>11</sup> Cfr. CRACOGNA, D., “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I, Buenos Aires, 2013, pp. 413 y s.

<sup>12</sup> ETCHEVERRY, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 907 y ap. B.

la responsabilidad se traslada a varias personas (físicas o jurídicas) que son quienes la dirigen, la organización y se reparten entre sí los beneficios según el pacto social.

Además de todo el grupo de socios, que tiene su sistema e impronta de funcionamiento establecido por la ley, habrá un cúmulo de deberes que se establecen no solamente para los socios, los verdaderos empresarios, sino respecto de los que ocupan posiciones relevantes en la organización, a quienes podemos llamar, en general, “administradores”; así, para solo nombrar algunos ejemplos, el deber de administrar, el de buscar el interés social, el deber de diligencia, el de información, el deber de investigar, el de vigilancia, el de control de la organización y de todo el personal ligado a ella, el deber de lealtad, el deber de abstenerse de competir con la sociedad o de aprovecharse del cargo y muchos otros.<sup>13</sup>

Allí se acudirá a las figuras societarias o asociativas: un socio de una sociedad comercial, es un capitalista que ha invertido, aportando a crear un patrimonio que se conforma como patrimonio común. De ese modo se entra en el mercado, que en las economías de mercado poseen poder igualitario y libre acceso a todo el que quiera trabajar con estas reglas.

#### **4. EL MERCADO. EL EMPRESARIO. LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

El empresario es el que combina los factores de la producción para la creación de una nueva riqueza a través de un nuevo polo subjetivo, que podrá tener carácter personal, ser un colectivo o recibir un impulso desde lo público, actuando el Estado desde alguno de sus estamentos, en soledad o mezclándose con inversores privados.<sup>14</sup>

Primero nace el negocio en la mente del emprendedor (futuro empresario) y luego él lo traslada a la realidad que está modificando para armar, organizar, construir su empresa. Esa organización de la empresa se cumple en varios aspectos.

En esta organización estarán comprendidas unas personas que se rigen por leyes y estatutos especiales: los trabajadores, dependientes y asalariados que, en todos los niveles, integrarán la organización empresarial.

El empresario proyecta un fin o varios fines al crear su empresa. No es cierto que el único fin del empresario sea obtener un lucro, ganar dinero para sí. Esta antigua concepción se ha modificado en dos direcciones: el fin de lucro- que no es muchas veces, el móvil principal del empresario – se convierte modernamente en las ideas del máximo beneficio y de creación de valor, que no son ideas sinónimas.

No siempre el fin de lucro es el fin de la empresa: creemos firmemente que los empresarios tiene un fin principal: el éxito de su idea, el éxito de su labor, organización y dirección. Y el éxito no siempre es lucro directo.

<sup>13</sup> LLEBOT MAJO, J. O., “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996, pp. 35 y s.

<sup>14</sup> Ejemplos de empresas de economía mixtas exitosas, se hallan en Brasil, siendo ejemplos Petrobras (petrolera) o el Banco do Brasil. Esto también es presentado en forma resumida por RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Introduction to Spanish private law”, Routledge Cavendish, London and New York, 2006, pp.556 y s.



Pero además, a casi todos los empresarios los mueves una clara conciencia de que están viviendo y son parte de una comunidad de personas y que de ellos depende grandes sectores de la vida de la gente de esa comunidad: trabajo en primer lugar, porque el empresario es el gran creador de fuentes de trabajo. A ello generalmente se agregan otros beneficios: educación y salud que provienen del trabajo y de los salarios.

La dignidad del ser humano<sup>15</sup>, que es un derecho humano básico y por supuesto exigible, se basa en poseer dinero y bienes suficientes para por subsistir dignamente él y su familia.

El empresario reaparece con una nueva expresión en la ley de defensa del consumidor: a los fines de encontrar responsables de conducta ilícitas que dañan al consumidor, nace una nueva dialéctica entre consumidores y proveedores; estos últimos, no son otra cosa que los empresarios.

En el orden legal argentino se establece una amplia responsabilidad civil atribuible a los genéricamente llamados “proveedores” que en la letra de la ley se traducen en una diversa variedad de empresarios:

- 1) El productor.
- 2) El fabricante.
- 3) El importador.
- 4) El distribuidor.
- 5) El proveedor.
- 6) El vendedor.
- 7) Quien haya puesto su marca en la cosa o en ocasión del servicio (artículo 40 de la ley 24.240).

La responsabilidad es grave, solidaria y puede contener un adicional por daños punitivos.

Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en una forma tal que, utilizadas en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de consumidores o usuarios (artículo 5 de la ley).

Por parte del consumidor, no debe haber uso indebido, sino que la cosa debe ser utilizada para el uso normal para lo que fue creada, conforme a las especificaciones o instrucciones que el mismo contiene<sup>16</sup>.

Dejado de lado la aplicación del 1113 del Código Civil<sup>17</sup>, la hoy vigente ley de defensa del consumidor agrava y precisa mejor la responsabilidad.

Si el vendedor, proveedor o fabricante demuestran que se ha roto el nexo causal, se exoneran de responsabilidad. La doctrina, como señala Perriaux<sup>18</sup> utiliza en general alguno de los tres eximentes de responsabilidad contemplados por el artículo 1113 del Código Civil:

---

<sup>15</sup> GHERSI, C. A., “La dignidad como principio general del derecho”, La Ley, Buenos Aires, 8 de agosto del 2014, sostiene que la dignidad se erige en principio general del derecho

<sup>16</sup> CNCivil, Sala B, 03/02/2006, LL, 2006-C, página 439.

<sup>17</sup> LORENZETTI enseña que tal norma no ha dejado de tener actualidad, ya sea en su aplicación complementaria como la aplicación de riesgo y vicio: LORENZETTI, R. L., “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 410.

<sup>18</sup> PERRIAUX, E. J., “El proveedor y su responsabilidad frente al consumidor”, La Ley, 07/08/2014, pp. 5.

- a) Culpa de la víctima.
- b) Hecho del tercero por quien no se debe responder.
- c) Caso fortuito.
- d) Fuerza mayor.

Ya comienza a discutirse en la Argentina cuando un empresario es consumidor y cuando no lo es: es decir, en qué condiciones, su calidad de empresario no le permite refugiarse en la protección legal. Para ello, la doctrina y jurisprudencia se refugian en la interpretación del acto jurídico cumplido para determinar si es o no “de consumo” y respecto de los empresarios, el acto no será “de consumo” y por lo tanto, no merecedor de esa especial protección legal que brinda la ley, cuando el destino del bien adquirido sea su incorporación al proceso productivo; este criterio no siempre resulta claramente de la operación de que se trate y hay muchos casos en duda.<sup>19</sup>

El proveedor, generador de responsabilidad por su acción en el mercado, es el empresario, en todas las etapas, desde la fabricación hasta la llegada del producto al consumidor.<sup>20</sup>

Por otra parte, detenemos nuestra atención en la organización. Cuando el empresario es plural, se da dentro de los mecanismos empresarios, la tensión del voto de la mayoría y de la minoría, cuando no hay un voto unánime.

Hay un espacio imaginario, pero a la vez real, que es aquél en el cual se intercambian bienes y servicios: es el mercado, que tampoco tiene unidad conceptual jurídica. Pero en realidad existe un mercado en el cual se desenvuelven los negocios y que, lógicamente, no posee una connotación jurídica precisa.

En esos mercados, que pueden ser locales, nacionales, regionales o internacionales, se desenvuelven los negocios generados por empresarios individuales o empresas pluripersonales, todas las cuales asumen una función subjetiva: son sujetos de derecho. Ahí aparece el derecho para proveerles de ciertas formas y condiciones.

Desde los sujetos nacen los negocios, actividad que encierra diversas clases y formas de actos jurídicos y actividad.

Los negocios serán nacionales, regionales, internacionales.

No existe país que se excluya de los negocios, cualquiera sea su signo político. La interdependencia entre las empresas y entre los países es la regla en esta temática en el mundo globalizado en que vivimos. El derecho comercial internacional permite realizar negocios transfronterizos y el intercambio de prestaciones fácticas que tienen siempre un marco jurídico.

Se debe en gran parte a Illescas Ortiz, la precisión de la existencia y caracteres del DUCI, es decir el derecho uniforme internacional, que a modo de *lex mercatoria* (conjunto de reglas, de costumbres de usos y prácticas admitidas internacionalmente) rige en los mercados cuando las operaciones son internacionales. Allí intervienen las empresas nacionales, binacionales e internacionales haciendo sus negocios e

---

<sup>19</sup> Ver la jurisprudencia: CNCom., Sala F, 29/05/2014 en el caso “Agropecuaria Litoral SRL c/RAM”, número 117.982, La Ley del 21 de agosto de 2014, con comentario de ALVAREZ LARRONDO, F. M.

<sup>20</sup> PERRIAUX, E. J., en un caso de responsabilidad por explosión de un envase de aerosol, recuerda que la doctrina prefiere referirse a los tres eximentes de responsabilidad contemplados en el artículos 1113 del Código Civil: a) la culpa de la víctima, b) el hecho de un tercero por quien no debe responder; c) caso fortuito o fuerza mayor. *Revista La Ley*, Buenos Aires, 7 de agosto de 2014.

intercambios, desde su subjetivización. Pero esas figuras no son alcanzadas por las reglas que se rigen a modo de soft law, a las estructuras organizacionales, que tienen su configuración legal, como sistemas nacionales.<sup>21</sup>

Los actos y contratos nacionales, se sujetan a unas reglas y unos tipos determinados- aunque la estructura y construcción de la contratación sea libre (artículo 1255 del Código Civil español y artículos 1143, 1197, 1137 del Código Civil argentino)-; en cambio, hay estructuras y sistemas jurídicos generales que se deben respetar y elegir organizaciones colectivas ya establecidas, dentro de los órdenes nacionales.

En los negocios internacionales y contratos internacionales los negocios se desenvuelven con libertad, creándose un nuevo derecho. Esto lo ha visto con claridad ya hace mucho tiempo Illescas Ortiz en su libro escrito con Pilar Perales Viscasillas, quienes dijeron: “Y porque, por último, contratos y derechos destinados a gobernar el tráfico internacional no requieren por su propia finalidad y redacción uniforme, de esfuerzos determinadores de naturalezas jurídicas: lo contrario de lo que sucede en contratos nacionales”.

“El estudioso de las normas nacionales se ocupa y preocupa de coherencia en el seno de su ordenamiento nacional; en el derecho uniforme sucede justamente lo contrario: se busca mucho más la armonía universal que la consistencia nacional”.

“Ello hace que el establecimiento de aquel produzca con la frecuencia desgarros y alteraciones en el orden preexistente. Las discusiones sobre naturaleza si pues pueden ser eternas pero inútiles en su mayoría desde la perspectiva de un comercio internacional cada día mayor y cada día más equitativo. Más necesitado de reglas universales también”<sup>22</sup>.

Illescas Ortiz ha descubierto y precisado la naturaleza de derecho uniforme internacional, concepto mas preciso concreto que el de “lex mercatoria”; ha dicho con autoridad, que el DUCI se ha nominado de diversas formas; y señala: “Siendo distinguido precisamente con una serie de denominaciones carentes de uniformidad, se ha venido a lo largo de las últimas décadas construyendo un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales. Sin duda que dicha construcción, en el sentido más literal del término, se produce, como autorizadamente se ha puesto de manifiesto, coincidiendo en el tiempo con la recesión de los exacerbados nacionalismos de los dos últimos siglos así como con ocasión de la sustitución paulatina de una sociedad internacional fundada en el concepto de estado soberano por la derivada de un concepto más amplio del orden mundial cimentado en el reconocimiento de la mutua interdependencia humana”.

“Estas nuevas circunstancias políticas así como un conjunto de nuevos factores económicos –sigue Illescas- comenzaron a permitir, de una parte, un acusado

---

<sup>21</sup> The Draft Hague Principles on choice of law in international commercial contracts (julio de 2014), señalan: “These Principles do not address the law governing.....c)companies or other collective bodies and trusts”.

<sup>22</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., “Derecho mercantil internacional. Derecho uniforme”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces SA, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pp. 19.

incremento del comercio internacional; de otra, la sustitución de las normas jurídicas nacionales, sustantivas y de conflicto, por otras normas que cuanto menos en su origen no pueden así ser calificadas. Estas nuevas normas, al par, resultan destinadas más a prevenir que a resolver los problemas complejos derivados del tráfico mercantil incrementado y global<sup>23</sup>. Por razón de su contenido, las normas que van paulatinamente apareciendo resultan susceptibles prima facie de una clasificación dual: normas, primero, que tienden a permitir o meramente facilitar el comercio internacional y reglas, segundo, cuyo objeto relevante es disciplinar las relaciones comerciales internacionales individualmente consideradas en sus aspectos obligacionales y de derecho privado”<sup>24</sup>.

Y añade el maestro que seguimos y queremos honrar aquí: “Los rasgos comunes definitorios de todas las normas que integran el DUCI y a los que se ha aludido son, en nuestra opinión y de modo indiscutible, la internacionalidad, la uniformidad y el contenido obligacional privado de las normas en cuestión. Es discutible, por el contrario, que la autonomía de las normas, en lo que hace a su sistema de producción y de aplicación, constituya un rasgo esencial de actual Derecho uniforme del comercio internacional. No existe, por último, un elemento categorizador común a las normas analizadas derivado ni de la forma externa de las mismas ni, tampoco, de la procedencia de ellas.”<sup>25</sup>

En las economías capitalistas o de economía de mercado, la propiedad privada de los bienes hace que se pueda acumular patrimonio y poder, en diversas organizaciones estructuradas de acuerdo a la ley.

Si las empresas son organizaciones, más allá de los fines que las guíen en el mercado, estas organizaciones funcionan de acuerdo a un sistema jurídico, que debe contener sus principales rasgos.

¿Qué ha hecho el derecho en todos los países de tradición de derecho continental europeo, como son los países de América Latina?

Ha creado “tipos legales” según y principalmente lo que constituyan sus fines, que luego se proyectarán en diversos objetos. Ellos provienen de modelos del sistema jurídico continental europeo.

Con mayor o menor nitidez, se separan estructuras legales o sistemas legales asociativos de acuerdo a los fines para los que fueron creados:

a) Fines de ganancia económica ilimitada o de máximo beneficio:

Son las sociedades civiles y comerciales, cuyo fin es obtener un lucro ilimitado con su actividad a partir de su objeto, para luego repartirlo entre los socios, deducidos sus gastos, impuestos o pérdidas.

b) Fines de bien público o beneficio social operados por privados:

---

<sup>23</sup> La caracterización de las normas de conflicto frente a las uniformes que en el texto se enuncia es tributaria de las aportaciones de SCHMITTHOFF, C. M., *International trade law and Private International law*, pp. 538 y s., Ibidem, Conflict avoidance in practice and theory, en el vol. Clive E. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (ed. Chia-Jui Cheng), Martinus Nijhoff Publishers-Graham & Trotman Ltd., Dordrecht-Boston-London, 1988, pp 484 y s.

<sup>24</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., “Derecho mercantil internacional...”, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>25</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., “Derecho mercantil internacional...”, *op. cit.*, pp. 28.

Pertenecen a este grupo, esencialmente las asociaciones, que tienen en Argentina la variante de las mutualidades.

Las fundaciones, son variantes similares para operar organizadamente según un “tipo” jurídico estructurado y a partir de un capital puesto a su servicio.

Se diferencian muy bien de las otras estructuras legales.

c) Ahorro de gastos.

Las cooperativas no son ni sociedades comerciales, ni civiles ni asociaciones o fundaciones. Son organizaciones que buscan economizar y potenciar el trabajo de sus componentes.

d) Actividad estatal descentralizada.

En Argentina los tipos jurídicos de organización de empresas son cerrados, no se admiten las combinaciones de las estructuras privadas anteriormente descriptas.

Hay otra variante: aquella en que las empresas están formadas por el aporte de capitales privados y una inversión mayor o menor del Estado.

El Proyecto argentino de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, al que nos hemos referido ya antes, constituye un trabajo originado en una comisión especial, que redactó sus primeros lineamientos durante un año y medio; el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, ha propuesto luego importantes reformas al texto; lo mismo han hecho profesores y otras instituciones de diverso origen.

El Proyecto tiene media sanción del Congreso por su Cámara de Senadores, pero por ahora, está detenido. En esta situación estamos al promediar el año 2014.

Este nuevo proyecto para Argentina, llega a la empresa porque no tiene más remedio, por vía de su abordaje de las personas jurídicas, posición que aprobamos. No tiene otra opción, porque la realidad es incoercible: la empresa existe en la realidad y no puede ser ignorada.

Pero el legislador argentino, no quiere regular la empresa sino indirectamente. Y llega a ella a través de determinar para quién es obligatorio llevar contabilidad regular. Y allí aparece la empresa y su relación con las personas jurídicas. Veamos la normativa proyectada.

Artículo 320 del Proyecto al cual hacemos referencia, señala:

#### Contabilidad y estados contables

ARTÍCULO 320.- Obligados. Excepciones. Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad, solicitando su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.



Como vemos, el abordaje jurídico se refiere primero a las “personas jurídicas privadas”, establecidas en otra propuesta de norma, y también mencionan a la “actividad económica organizada”, a la titularidad de “una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios” eximiendo de esa obligación a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias o conexas, no ejecutadas u organizadas en forma de empresa....o de poco volumen de giro.... Quedan en duda los artesanos y pequeños comerciantes, pero, repárese, solo de la obligación de llevar contabilidad, que resulta optativa si alguna persona decide adoptarla.

Otras formas de entender la empresa, es por la realización o no de “explotación comercial”, según ha sugerido cierta jurisprudencia constante.<sup>26</sup>

Las personas jurídicas que el nuevo Código Civil y Comercial unificado para la Argentina, propone admitir, representan un concepto abierto ya que su enumeración así lo demuestra:

Artículo 141- Definición: son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Artículo 143 – Personalidad diferenciada: la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

Artículo 148.- Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las mutuales;
- f) las cooperativas;
- g) el consorcio de propiedad horizontal;
- h) las comunidades indígenas;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Como resulta visible, la alusión a la empresa es indirecta y no fija una tipología legal. En general, estamos de acuerdo con esta presentación legal, habida cuenta la amplitud del concepto de empresa y su carácter proteico y ambiguo, que refiere una realidad que, por otra parte, no es posible soslayar.

---

<sup>26</sup> CFedContAdm., Sala IV, 20-5-2014 in re: “C.C.A. SC c. EN AFIP DGI Resol. 257/7 (RP) s/ Dirección General Impositiva”: allí se resolvió que las sociedades civiles cuya actividad es la prestación de servicios profesionales, sin desarrollar en forma complementaria explotación comercial alguna, tributan ganancias de la cuarta categoría (trabajo personal), a pesar de considerárselas como empresas, lo cual no trae aparejado necesariamente una explotación comercial.

## 5. LA EMPRESA Y LA SOCIEDAD COMERCIAL. EL PRINCIPIO DE MAYORÍAS

Con la legislación argentina actual si un grupo de personas quieren crear una organización productiva, de ahorros o de servicios, tendrá que buscar entre los tipos legales disponibles, para adaptar su idea a ellos. No hay comunicabilidad ni transformación posible, de uno en otro, entre los tipos distinguidos por la ley.

La creación empresarial no podrá desentenderse del derecho de la contratación y del que regula el armado de sistemas asociativos. Y tendrá que tener en cuenta también, el imparable desarrollo del derecho electrónico<sup>27</sup> y el nuevo y robusto derecho de defensa del consumidor.<sup>28</sup>

Pese a la diversidad de variantes en el derecho argentino, los “tipos” legales son estrictos, cerrados y no adaptables a una multiplicidad de objetos empresarios o de bien público. Creemos en cambio que, sin perjuicio de tomar ciertos recaudos, el derecho de crear personas jurídicas y de combinar sus rasgos, debería ampliarse, sin llegar a la libertad que tiene la materia contractual, porque a diferencia de este último, no se crean negocios, sino “personas” equivalentes en lo jurídico, a las personas humanas.

En el derecho del Mercosur, no están dispuestos tipos legales específicos, como señala Espluges Mota<sup>29</sup>, pero sí se aplica la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles de 1979 (CIDIP II) que firmaron todos los países miembros plenos originarios y también los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, haciendo algunas variantes de acuerdo a la forma de ratificación por los países contratantes. Pero no hay un “tipo societario Mercosur” lo cual sería, a nuestro juicio, muy deseable. Tenemos un sistema Mercosur de arbitraje empresario, pero no existen “tipos”, salvo uno creado especialmente en los primeros pactos Argentina-Brasil de antes del Mercosur, que fue una clase de empresa binacional, que no ha tenido gran difusión.

En el derecho alemán, hay sociedades con actividad civil o comercial: las sociedades anónimas, son sociedades “con personalidad jurídica propia”. El artículo 3 de la ley respectiva, señala que “La sociedad anónima tendrá el carácter de sociedad mercantil aun cuando el objeto social no constituya una actividad comercial”.

Esto no es en general, permitido en la Argentina<sup>30</sup>, lo cual dificulta la creación de empresas de tipo B, según lo hemos establecido en otro trabajo<sup>31</sup>. Las empresas B, además de muchos requisitos especiales, son figuras propuestas por un grupo de trabajo

<sup>27</sup> Ver en este aspecto, el excelente libro de ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la contratación electrónica”, Civitas, Madrid 2001.

<sup>28</sup> En Argentina, se está desarrollando la idea de formar un fuero especial judicial, dedicado al derecho del consumo.

<sup>29</sup> ESPLUGES MOTA, C. y HARGAIN, D., “Derecho del comercio internacional”, Reus, Madrid 2005, pp. 247 y s.

<sup>30</sup> Una excepción lo constituye el artículo 3 de la ley de sociedades comerciales vigente 19.550 y sus reformas, que establece: “Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”. En Argentina, las asociaciones siempre tendrán como objeto principal el bien público.

<sup>31</sup> ETCHEVERRY, R. A., “Creación de un tipo societario de gran beneficio social”, Tomo 2013-E, La Ley, 2013, pp. 1 y s.

que integramos; su idea fuerza consiste en creer que la empresa debe proyectarse, de cualquier tipo que sea, a la realidad social y favorecerla, al combinar fines de bien público con los que producen beneficios o ganancias repartibles a la organización.

Si se adopta uno de los “tipos” legales civiles o comerciales, será ese tipo y no otro el que determinará el régimen de gestión legal que se aplique a la figura. Esta regla rígida de nuestro derecho, debe evolucionar y mejorar.

¿Cómo se resuelven las cuestiones dentro de una organización plural, colectiva, donde concurren distintos modos de ver, diversas opiniones, que son los que originan las decisiones que deben tomarse?

Como excepción, podemos citar el sistema ponderado de mayorías que se utiliza para elegir directores por las minorías en las sociedades anónimas.

Pero, en general, se aplican siempre los dos sistemas jurídicos conocidos. La regla, cuando hay pluralidad de componentes con derechos similares, es que se vota:

- a) Por unanimidad.
- b) Por mayoría.

Si bien es cierto que el principio de mayorías puede admitir variantes menores, estas son las dos principales opciones posibles.

No hay otro modo de “extraer” una voluntad unificada de un grupo de voluntades, de un colectivo.

## **6. LAS MINORÍAS EN LA EMPRESA. LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

El orden legal argentino referido a sociedades, contiene varias normas de protección de los inversores minoritarios en sociedades anónimas, que es el tipo regular más difundido de sociedades en argentina.

Esta temática se relaciona con la teoría de las “razonables expectativas de la minoría”, que en general no es aplicada por los tribunales argentinos.

Las otras sociedades, utilizadas en menor escala (SRL, colectivas, de facto corporations), tienen sistemas más restringidos para proteger a socios minoritarios.

Podemos ver en el texto legal y en la jurisprudencia interpretativa, tres órdenes diferenciados: 1) el que corresponde a un sistema legal general del derecho argentino referido a todo el sistema patrimonial (civil y comercial); 2) aquel que protege a las sociedades anónimas que no cotizan en la bolsa de comercio; 3) el que regula el tema en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones.

Todo está contenido en el derecho civil y comercial en general, en el Código de Comercio y en especial, en la ley de sociedades comerciales 19550 y sus reformas y en la ley 26831, el Decreto reglamentario 1023 del 2013 y Resolución de la Comisión Nacional de Valores 606 /12 que regulan principalmente el mercado de capitales, la oferta pública de títulos valores y su control.

La sociedad, en general, tiene la duración que indica su estatuto. Antes de ello, los socios minoritarios no pueden, basados en la ley, pedir su conclusión y liquidación,

o el cambio en las condiciones que como minoría, tienen por haberlas aceptado de antemano.

Hay fallos que han admitido la terminación de la sociedad basado en que el objeto se ha cumplido totalmente, o que es imposible cumplirlo. O bien, que la actividad de la sociedad ha cesado y no tiene sentido mantener su vigencia legal.

La jurisprudencia norteamericana en cambio, amerita las expectativas razonables que la minoría ha tenido para invertir, hacer sus aportes y permanecer en la sociedad. Y sobre esta base, una corriente doctrinaria construye la posibilidad de que los minoritarios puedan reclamar por su interés en la sociedad<sup>32</sup>.

En Argentina, como hemos anticipado, se respalda la discrecionalidad de la mayoría para sostener las sociedades en el tiempo. Esto significa que, hay solo dos maneras y no más, para administrar tomando decisiones en una empresa constituida en forma de sociedad: a) la unanimidad, sistema que a veces se da, pero su exigencia siempre, haría casi imposible la toma de decisiones y b) la decisión por mayoría, que representa la posibilidad de que el conjunto mayoritario de socios adopte las decisiones que crea que son mejores para la organización de negocios.

En cambio, cuando hay un daño o perjuicio injustificado para el interés de los socios minoritarios, el sistema legal argentino provee diversas soluciones para reparar el daño causado.

La primera, proviene del sistema general establecido para reparar los daños y perjuicios causados por falta de pericia, lealtad o buena fe de los administradores que, en las sociedades pequeñas y cerradas, generalmente son los mismos socios mayoritarios o sus representantes.

La acción dañosa, sea culposa o dolosa, puede provenir de la mayoría o de las gestiones de los administradores. En estos casos, el daño o perjuicio debe demostrarse acabadamente y en ese caso, se obtendrá protección judicial.

Principalmente, debe protegerse el interés social, concepto que puede tener varias interpretaciones, pero que de manera simplificada puede señalarse como el interés del conjunto es decir, de la propia organización empresarial, analizada en su conjunto y respecto de sus negocios. Y ese interés no es otro que el obtener la mayor ganancia posible, para luego ser distribuida entre los socios.

Es famosa en Argentina la sentencia en el caso Abrecht c. Cacique Camping en cuyo voto uno de los jueces de segunda instancia, el Dr. Alberti, dijo que “la elaboración de un acto solo extrínsecamente societario, obra de una voluntad cuya intencionalidad fue ilegítima porque tendió al desapropio de bienes de otros, configuró un supuesto inequívocamente reprobado por el artículo 953 del Código Civil”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> HADAD, L. A., “Las expectativas razonables de la minoría frente al shareholder oppression”, en *Revista en Derecho Comercial y las Obligaciones*, núm. 256, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 555.

<sup>33</sup> CNCom Sala D, de fecha 1/3/1996, “Abrecht Pablo c. Cacique Camping SA s/ sumario”. El artículo 953 del Código Civil señala: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

## 7. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Haremos una brevísima alusión al sistema general de responsabilidad civil en nuestro país.

En nuestro país existe un amplio y muy bien organizado sistema general de responsabilidad civil, que busca, principalmente, reparar cualquier daño generado, salvo que el caso sea fortuito o el acto se genere en una situación de fuerza mayor. Se divide en ramas: daños contractuales, extracontractuales y daños sancionados, simplemente, por el ordenamiento legal.

La reparación de los daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción.<sup>34</sup>

La responsabilidad en general, sigue el principio de no dañar a otro y a quien daña, se le impone una reparación del perjuicio que ha causado, según la regla que proviene del Derecho Romano.

En Argentina, la responsabilidad, como hemos dicho, puede ser de origen legal, contractual o extracontractual. En nuestra opinión, la responsabilidad en materia de sociedades, es legal, ya que para nosotros la sociedad no es un contrato.

Cuando hay un daño injusto, la ley impone una prestación por parte del que causa el daño, en favor del sujeto dañado.

El presupuesto, es que haya existido una conducta culposa o dolosa y un daño cierto: sin daño, no hay responsabilidad civil. El daño es la lesión a un interés.<sup>35</sup> Debe ser reparado, pagándose a quien lo recibió, una suma de dinero que compense las pérdidas sufridas. También se admite en general en nuestro derecho, una compensación económica por daño moral.

La responsabilidad civil general, se basa en cuatro presupuestos que la doctrina y la ley han consagrado: antijuridicidad, daño, causalidad y factores de atribución. Estos principios que genera el sistema de responsabilidad civil, se aplican a todas las relaciones jurídicas del derecho privado, con las modificaciones que se hacen según cada temática. El sistema de sociedades forma parte de un orden mayor, que comprende a todas las personas jurídicas, entes organizados que, partiendo en todos los casos de un acuerdo de voluntades, se adapta a cada tipo de estructura jurídica organizativa y se modula en ella.

Para nosotros, las sociedades y otros tipos de sistemas jurídicos colectivos personificantes, sólo tienen en común con los contratos, el acuerdo de voluntades del comienzo de la creación de este nuevo sujeto de existencia ideal (existe en la mayoría de los casos); es decir, en la etapa de formación de la estructura (business organization) del tipo de que se trate.

En esos supuestos y con fines determinados nace una nueva organización empresaria, a la vida jurídica, un sujeto de derechos, ya que el ordenamiento jurídico lo

---

<sup>34</sup> ALTERINI, A. A., "Responsabilidad civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 15.

<sup>35</sup> BUERES, A. J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", *Derecho de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp.141.



reconoce como organizaciones autónomas, que ejecutan actos y contratos en el mercado, en calidad de sujetos de derecho.

Como desarrollo del principio de no dañar y del deber de reparar, nace la responsabilidad en el ámbito societario que desarrollaremos resumidamente aquí.

Los autores de la ley 19550 y sus reformas, tuvieron especial cuidado en la protección de los socios y de los accionistas minoritarios, sean ellos verdaderos socios o solamente inversores que adquieren esa calidad, por imperativo del tipo de sistema legal que integran.

## **8. EL ARMADO JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES**

Las sociedades comerciales, como en casi todos los países del mundo, tienen un régimen jurídico especial; también lo poseen en la Argentina. Está conformado por las disposiciones de la ley 19550 y sus reformas (ley de sociedades comerciales, que abreviaremos LS) y para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la ley 26831 y sus adicionales, que suman una serie de disposiciones a la ley básica y general de sociedades citadas.

La ley de sociedades comerciales tiene pocos artículos que se refieran directamente a los socios en materia de responsabilidad civil. Hay que desarrollar un sistema interpretativo a partir de la normativa legal.

El socio es quien, antes de serlo, presta y da conformidad de algún modo jurídicamente válido para ingresar al elenco de socios de una sociedad. La definición de sociedad comercial en el artículo primero de la ley, informa el esquema de este modo especial de formar una empresa organizada, para la producción o intercambio de bienes y servicios.

Siempre la sociedad, sea civil (legislada en el Código Civil) o comercial, supone un objeto a través del cual se obtendrá un fin lucrativo o de obtención de ganancias que se repartirán entre los socios. Esta es una característica de la sociedad comercial que no se comparte con otros modos de organización empresarial no mercantil.

El socio, cuando accede a la sociedad como fundador o comprando las acciones de otro socio anterior, forma parte del poder de gobierno de la sociedad, que se expresa especialmente en las reuniones de asambleas de socios. Las asambleas son de varios tipos, pero las más comunes, periódicas y habituales, son en las sociedades anónimas: la asamblea ordinaria, con asuntos taxativamente prescriptos por la ley y la extraordinaria, que abarca todos los restantes temas de gobierno que la sociedad quiera discutir.

Las sociedades tienen siempre una administración, que en Argentina se llama directorio para las SA y no necesariamente está formada por socios, los cuales no están impedidos de participar, pero en general, se prefiere que el directorio sea profesional, especialmente en sociedades de mayor volumen.

La ley de sociedades encierra un sistema de responsabilidad legal que surge de su normativa.

¿Cuáles son las acciones que tiene el socio en defensa de sus intereses? Debemos resaltar que cualquier pérdida que el socio o la sociedad sufran, no genera automáticamente, una acción de reparación o indemnización de tales daños.

Para que haya obligación de reparar, tiene que existir culpa o dolo de una persona de un grupo de éstas o de la propia persona jurídica sociedad, actuando a través de sus órganos.

El caso fortuito o fuerza mayor, no se repara ni se indemniza. Tampoco se pagan las pérdidas que sobrevengan por riesgos empresarios o surjan de la gestión normal y corriente de la empresa o por los malos negocios que causen daño, si se han cumplido o se ha dirigido sin culpa ni dolo. Son estándares para graduar la culpa y el dolo, los que surjan de la actividad que se desarrolla, teniendo en cuenta los medios, el lugar y las circunstancias en que los actos dañosos se llevan a cabo.

La administración de cualquier sociedad, que en las sociedades anónimas es el directorio, tiene la responsabilidad de administrar con lealtad y diligencia que requieren los negocios propios de la empresa (art. 58 LS), obrando de la forma en que lo haría un buen hombre de negocios (art. 59 LS), en todo lo cual está implícito el necesario obrar de buena fe y tener un grado de profesionalidad acorde con el objeto y la dimensión de la empresa.

Quienes juzgan si se cumplieron estas premisas y estas conductas, son los jueces, que serán los que condenen a una reparación pecuniaria, en caso de comprobarse la culpa o el dolo de los causantes del daño.

Los socios son propietarios de la porción del capital en que inviertan. Pero no del capital mismo (salvo cuando la sociedad se disuelve), sino del producto o ganancia de ese capital. En ese sentido, socios e inversores son lo mismo.

Los socios llevan y manifiestan su opinión en la sociedad a través de las reuniones de socios o asambleas. Allí reclamarán por sus derechos, los que, de no ser reconocidos o considerados, tendrán el amparo judicial. Siempre los socios deben ser anoticiados fehacientemente de las reuniones de socios o asambleas, por las convocatorias hechas en forma debida y oportuna.<sup>36</sup> De tales reuniones, es obligatorio labrar actas escritas, en la cual se resumirán las manifestaciones hechas en la deliberación, la forma de votación y sus resultados con expresión completa de las decisiones (arts. 249 y 73 LS).

Puede haber otras formas de inversión, como por ejemplo son los préstamos, que no le otorgan al inversor el carácter de socio, salvo que compre acciones como vía de inversión. Por eso nos ha parecido más propio referirnos en este trabajo al socio accionista principalmente, más que al mero « inversor ».

Todos los socios tienen derecho a percibir los dividendos o ganancias que surjan del giro empresarial. También tienen derecho, los minoritarios, a retirarse de las sociedades anónimas en ciertos casos que establece la ley (art. 245 LS), que podríamos resumir en situaciones en las que los socios mayoritarios quieren imponer un cambio sustancial a la sociedad (transformaciones, prórroga o reconducción, disolución

---

<sup>36</sup> ROITMAN, H., "Ley de sociedades comerciales comentada y anotada", t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 8 "convocatoria".

anticipada, transferencia del domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto o reintegración total o parcial del capital, limitaciones a la transferibilidad de las acciones y en casos de fusión o escisión).

Hay otras acciones de defensa de actos o actividad contra la ley y las conductas debidas, en el desarrollo de un ente comercial organizado. Una es la acción de responsabilidad, que puede plantear el accionista contra otro accionista que ha actuado contra el interés social, si su voto fuese decisivo para causar un daño a la sociedad. La regla legal de la ley de sociedades, es que el socio con voto contrario al interés social se abstenga de votar. La acción de reclamo por daños, puede ser ejercida por la sociedad o por los socios y debe probarse el daño causado; la obligación es que el causante repare íntegramente el daño causado.

Existe otra acción: la de impugnación o nulidad de una asamblea, en los puntos de decisión que corresponda, cuando se haya violado, la ley, el estatuto o el reglamento y debe presentarse dentro de los tres meses de clausurada la asamblea. La acción puede añadir un reclamo por daños y perjuicios si estos se hubiesen producido. En esta acción se comprenden las acciones de responsabilidad contra los accionistas que permitieron con su voto la resolución que se declarara nula (Art. 254 LS).

Hay una acción de responsabilidad de los accionistas contra los directores, que debe iniciar la sociedad o en su defecto, los accionistas. La jurisprudencia también reconoce el derecho de plantear una acción de nulidad de las resoluciones del directorio, aunque la ley no se refiera expresamente a ello.

Si perjuicio de todas estas acciones de defensa de la sociedad, los accionistas, individualmente, tiene acción individual para reclamar responsabilidad a los directores por sus actos (Art. 279 LS).

Como se observa, las defensas legales de los minoritarios, son muchas y variadas y la doctrina les reconoce sus derechos: que se mantenga la estructura tendiente a satisfacer el ejercicio de sus derechos, convocatorias regulares a asambleas, derecho de información, vulnerabilidad del secreto de los negocios y su aprovechamiento por parte de los insiders, amplias acciones de responsabilidad legal contra controlantes y administradores de la sociedad.<sup>37</sup>

No siempre se puede proteger a los minoritarios, porque al detentar menor poder económico, sufren en forma más directa los costes de transacción.

Por otro lado, los minoritarios pueden ejercer el poder que les da la ley para presionar y aún extorsionar a los mayoritarios. De ello dan cuenta cientos de casos jurisprudenciales provenientes de la vida de los negocios por medio de sociedades.

## 9. SOCIEDADES QUE HACEN OFERTA PÚBLICA

En Argentina, desde 2001, existe un régimen especial para las empresas que ofrecen y cotizan sus acciones en la Bolsa de Comercio.

---

<sup>37</sup> JENSEN y MECKING, "Theory of the Firm: Managerial behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *The Journal of Financial Economics*, Amsterdam, 1976. En Argentina, la revelación de información o su aprovechamiento en forma directa o indirecta por insiders, constituye delito penal.

A estas sociedades, que no son muchas en Argentina, se les aplicaba el sistema general que hemos visto, modificado primero por el Decreto 677 del año 2001, que reguló los mercados para proteger a las grandes empresas y a los derechos del llamado “consumidor financiero”.

Los considerandos del Decreto reemplazado por la ley 26831 y Resoluciones de la CNV, explican qué valores se quieren proteger y regular.

La normativa legal establece algunas disposiciones que legislan sobre los derechos de las minorías.

En realidad, con ese decreto se implementaron en Argentina las normas de la doctrina de la corporate governance, de origen anglosajón, para las sociedades y un régimen amplio de oferta pública y títulos o valores negociables, que pueden ser acciones u otra clase de títulos.

En primer lugar, se acentúa un estricto control de la oferta pública de títulos y acciones y de los actos y contratos de las sociedades que cotizan en la bolsa.

En segundo término, se crea un régimen de transparencia y buena fe en todo lo que hace a la oferta pública de títulos valores.

La Comisión Nacional de Valores (CNV) es el organismo público que regula, controla y aplica esta ley. La CNV recibe la información que en forma obligatoria dispone la ley y ante ella existe el deber de informar una serie de actos y procedimientos.

Se establecen los deberes de lealtad, diligencia y el de guardar reserva, a funcionarios y controladores de las sociedades y de sus accionistas mayoritarios o con pacto de sindicación de acciones.

Se reconocen también por la doctrina, los derechos de los accionistas minoritarios, a quienes se debe garantizar una estructura y un sistema que les permita ejercer sus derechos.

También se regula la forma de confeccionar los estados contables y la necesidad de contar con contadores públicos independientes; en algunos casos, se ordena la necesidad de crear un comité de auditoría.

En este cuerpo legal se indican las sanciones que corresponden a los infractores de la ley.

Se regula además la publicidad y la oferta pública de adquisición obligatoria de valores, es decir, el squeeze out, es decir, las operaciones promovidas por el accionista de control con el fin de excluir de la sociedad a los socios o accionista minoritarios, aún en contra de su voluntad, pero atendiendo a razones comerciales, operativas y de conveniencia general. Pero además, debe mantenerse y preservarse en la operación, el interés social, tal como se ha señalado por Olivera García para el derecho uruguayo, pero interpretando las normas internacionales vigentes en esta materia, que el jurista muy bien cita.<sup>38</sup>

Existe en USA y en la UE un derecho de exclusión por razones de necesidad empresarial, mejor operatividad y economía de las empresas.

---

<sup>38</sup> OLIVERA GARCÍA, R., “La exclusión de las minorías en las sociedades anónimas”, *Derecho societario. Libro en homenaje a Ferro Astray*, B de f, Montevideo, 2007, pp. 435 y s.

Pero siempre se garantiza la justa indemnización por esta verdadera expropiación empresarial forzosa.

El Decreto argentino, en el Capítulo VII legislaba sobre el régimen de “participaciones residuales”, esto es, cuando uno o más accionistas toman el “control casi total” de una sociedad. Ahora la ley regula en su Capítulo III (artículos 91 y siguientes) el régimen de las participaciones residuales, pautando ciertas normas para que la mayoría adquiera el control total del capital social.

Por último, se disponen normas sobre gravámenes y contratos de administración y gerenciamiento de la sociedad y contratos entre partes relacionadas.

La ley del mercado de capitales n° 26.831 promulgada el 27 de diciembre de 2012, declaró que tenía por objeto la regulación de los sujetos y valores negociables comprendidos dentro del mercado de capitales, sujeto a la reglamentación y control de la Comisión Nacional de Valores.

Se da una preponderancia mayor a la Comisión Nacional de Valores, entidad autárquica del Estado Nacional, quien puede intervenir de una manera tal vez excesiva en el desarrollo de las empresas privadas.

Señala la ley, en su artículo 19 inc. i) que la Comisión Nacional de Valores puede declarar “ineficaces a los efectos administrativos” los actos sometidos a su fiscalización, sin sumario previo cuando sean “contrarios a esta ley, a las demás leyes aplicables, a las reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores, a los estatutos, a las disposiciones dictadas por entidades y aprobadas por el organismo”.

Ello se ratifica con el poder de designar veedores con facultades de veto en las decisiones de las empresas (artículo 20), lo cual nos parece excesivo.

El papel del Estado, a través de la Comisión Nacional de Valores, es más relevante en esta nueva ley, que ha sido muy criticada por algunos sectores. Pero es la tendencia política imperante en los últimos años en la Argentina, es decir, la de un Estado mayor, que interviene en todos los ámbitos privados.

La misma Comisión Nacional de Valores establecerá los requerimientos patrimoniales para las empresas, las normas sobre prevención del lavado de dinero, las formas que revestirán la información y fiscalización que regirán, condiciones de los agentes y otras.

La ley establece también, un régimen de transparencia, reserva de auditores externos, publicidad y transparencia.

Pensamos que debe reformarse este régimen respetando la idea de una economía social de mercado, pero permitiendo que las empresas puedan actuar en un mercado más libre, para la creación de fuentes de trabajo y riqueza para los habitantes de la Nación.

## 10. CONCLUSIÓN

No es necesario detallar las conclusiones del presente trabajo, que son muchas y surgen de su lectura.

Sin embargo, estamos seguros de que no podemos prescindir del concepto de empresa – figura que proviene de la economía y de sociología – para estructurar las



realidades legales que el ordenamiento pretende imponer. Y es claro que la empresa, ni es un concepto jurídico desde el cual podamos construir una rama del derecho, ni resulta un resumen total del Derecho Mercantil. Nuestra materia es más proteica desde ciertos ángulos y a la vez, más limitada que el enfoque global de lo que es la empresa.

Curiosamente, el modo de ver a la empresa y a la sociedad en el mundo occidental es bastante similar. Aún si comparamos el derecho angloamericano con el del Códigos escritos.

Es que la realidad, que es la que transmite sus vivencias al derecho, impone ciertas conductas para crear y administrar el negocio colectivo, que con pocas variantes, se admiten en todos los países.

El Derecho, creador de sistemas que apuntan a conductas e indican el deber ser de los ciudadanos, busca la equidad y la armonía y sobre todo, la paz entre los seres humanos. Para ello, dispone de mecanismos que cuentan con un respaldo de coactividad que otras ciencias no lo tienen.

Una comprobación que dejamos para pensar, es el acercamiento de las otrora alejadas “ramas” del derecho, para converger en figuras que sí pueden alcanzar cierta unidad de criterio. Las personas jurídicas en el derecho argentino, alcanzan esta homogeneidad dentro de la variedad y son las estructuras que, luego de siglos, han alcanzado una gran madurez, ya que de la idea de “ente”, que muchos códigos decimonónicos recuerdan, se ha alcanzado a delinear a las organizaciones que, con algunas diferencias, se desarrollan en el derecho a la par de la figura humana.